

# Leben in der Abwägung

---

Stephan Wagner

2020-05-14T18:09:28

Wie viel wiegt das Leben? Das ist die politische und juristische Kernfrage der COVID-19-Pandemie. Wie ist das Rechtsgut Leben, dessen Schutz die umfangreichsten und in der Breite massivsten Grundrechtseinschränkungen in der Geschichte der Bundesrepublik vornehmlich dienen, in die grundrechtliche Abwägung einzustellen und kann es in ihr in verfassungsrechtlich zulässiger Weise überwunden werden? Muss es das ab einem gewissen Punkt sogar?

Eine klare Antwort seitens des Verfassungsrechts – genauer: der Institutionen und Personen, die es betreiben – steht bislang aus. Vielmehr scheint die hinsichtlich des Coronavirus nach wie vor vorherrschende Ungewissheit im Tatsächlichen auch das Normative zu erfassen. Zuletzt wurde die Methode der Abwägung sogar zu einer bloßen „Metapher“ [degradiert](#), ja offenbar bereits [ihre Existenz negiert](#). Tatsächlich bietet aber das Verfassungsrecht durchaus das passende Instrumentarium für die Bewertung der aktuellen politischen Maßnahmen. Es muss nur angewandt werden.

## Filterfunktion des Grundrechtseingriffsschemas

Dazu gehört es zunächst, nicht vorschnell in freihändige Abwägungsrhetorik zu verfallen, sondern das dogmatisch übergeordnete Grundrechtseingriffsschema penibel abzuarbeiten. Dieses erfüllt eine zentrale Filterfunktion und stellt einen durchaus leistungsfähigen verfassungsrechtlichen Prüfungskatalog bereit, anhand dessen sich viele der derzeit hitzig diskutierten Fragen – rechtlich betrachtet – einerseits erst präzise und juristisch operabel stellen und andererseits zu einem nicht kleinen Teil auch bereits beantworten lassen, bevor es zu einer Abwägung überhaupt kommt.

So ist die gebotene Abwägung immer auf ganz konkrete Maßnahmen zu beziehen. Dies grenzt den Kreis der im Eingriffsmodus betroffenen Grundrechte ebenso ein wie die durch die Einzelmaßnahme mittelbar verursachten Folgewirkungen (selbstverständlich sind in der Abwägung wiederum auch Kumulations-, Relations- und Stufeneffekte zu berücksichtigen). Nur an eine konkrete Maßnahme können auch die Prüfungsschritte der Geeignetheit und Erforderlichkeit anknüpfen, die eine manchmal unterschätzte normative Leistungsfähigkeit besitzen. Ein guter Teil der derzeit (verfassungs)rechtlich entscheidenden Fragen kann – und muss, will man hier nicht tatsächlich am Selbstverständnis des Rechtsstaats rütteln – obendrein bereits auf der vergleichsweise unscheinbaren Prüfungsstufe der hinreichenden Ermächtigungsgrundlage beantwortet werden. Auch insoweit ist sorgfältige juristische Arbeit erforderlich. Wird sie tatsächlich geleistet (wie etwa [hier](#), [hier](#) oder [hier](#)), kann man bereits zu klaren und eindeutigen Ergebnissen gelangen. Hierzu zählt etwa, dass die Ermächtigungsgrundlagen des Infektionsschutzgesetzes jedenfalls eine Ausgangssperre nach französischem, spanischem, italienischem oder chinesischem Vorbild nicht hergeben. Eine andere Auffassung wäre nach

allem, was etwa im Hinblick auf Wesentlichkeitstheorie, Bestimmtheitsgrundsatz und Spezialitätsprinzip zum (verfassungs-)juristischen Gemeingut zählt, schlicht grotesk. All diese Schritte machen die grundrechtliche Abwägung überhaupt erst handhabbar und praktikabel.

## Grundrechtseingriffe und Eingriffszweck

Die zur Bekämpfung der Pandemie ergriffenen Maßnahmen führen aktuell zu Grundrechtsbeeinträchtigungen, die nahezu den gesamten Grundrechtskatalog erfassen. Mit diesen temporären Belastungen hat es jedoch nicht sein Bewenden: Aufgrund teils sehr komplexer Wirkungszusammenhänge sind sie mit gravierenden Folgewirkungen für nahezu das gesamte individuelle, gesellschaftliche, wirtschaftliche und staatliche Leben verbunden. Dem gegenüber steht vergleichsweise monothematisch der Gesundheits- und Lebensschutz.

Ja, geht es überhaupt um Lebensschutz? Dies wurde [auf diesem Blog bestritten](#) und zur Stützung dieser These nichts Geringeres als (so der Subtext: zentrale) „grundrechtliche Denkkategorien“ bemüht. Der Schutz von Menschenleben könne – oder dürfe (die grundrechtlichen Denkkategorien, in denen angeblich argumentiert wird, werden bereits an dieser Stelle nicht ganz klar) – nicht das Ziel der Maßnahmen sein, da sonst „zunächst alle Kraftfahrzeuge verboten werden“ müssten (auch hier drängt sich die Nachfrage auf, welche Denkkategorien denn genau zu diesem Schluss führen sollen). Stattdessen gehe es um Gesundheit (was wiederum angesichts von jährlich zigtausenden Verletzten im Straßenverkehr zu der Nachfrage führt, warum nicht zunächst alle Kraftfahrzeuge verboten werden müssten). Gesundheit könne wiederum ebenfalls nicht der pauschale Zweck der Grundrechtseingriffe sein, sondern letztlich nur ein „gesundheitsrelevanter Aspekt“, nämlich die „Vermeidung der Überforderung des Gesundheitssystems“.

Diese Argumentation ist – man verzeihe das naheliegende Wortspiel – „lebensfremd“ und steht im Übrigen auch mit den „grundrechtlichen Denkkategorien“ nicht in Einklang, die zu ihrer Stützung bemüht werden. Sie erkennt, dass Zwecke im menschlichen wie staatlichen Handeln stets gestaffelt und miteinander verkettet sind und daher nie isoliert voneinander betrachtet werden können. Es ist zwar richtig, dass Zwecke sich im handlungstheoretischen und -normativen Rahmen umso besser operationalisieren lassen, je enger, näher und spezifischer sie gefasst werden. In diesem Sinne ist die „Vermeidung der Überforderung des Gesundheitssystems“ durchaus greifbar und operabel (wenn auch nicht der alleinige Zweck der Maßnahmen, siehe sogleich). Dies ändert jedoch nichts daran, dass dieser Zweck im Hinblick auf die politisch notwendig zu treffende und grundrechtlich notwendig zu kontrollierende Abwägungsentscheidung, die hinter den ergriffenen Maßnahmen steht, zwingend auf die hinter ihm stehenden Zwecke bezogen werden muss, um hier operabel zu sein.

Es kann nicht Selbstzweck der Schutzmaßnahmen sein, die Überforderung des Gesundheitssystems zu vermeiden. Vielmehr sind aus verfassungsrechtlichen Gründen stets die materiellen Rechtsgüter und Interessen in den grundrechtlichen Blick zu nehmen, deren Schutz das Gesundheitssystem dient. Dazu zählt

neben der Gesundheit jedenfalls in der Intensivmedizin selbstverständlich auch das Leben. Und dieser Aspekt des Lebensschutzes (und nicht nur des Gesundheitsschutzes) ist der Zweck, um den es aktuell vor allem geht.. Zwar gleicht COVID-19 bei den meisten Betroffenen einem harmlosen grippalen Infekt, aber ein schwerer Verlauf ist alles andere als selten, insbesondere für die sogenannten Risikogruppen (zu denen in Deutschland [mindestens 20 Millionen Menschen](#) gehören). Und schwerer Verlauf bedeutet: massive gesundheitliche Leiden bis hin zum Tod. Vor dem Hintergrund zahlreicher Sterbefälle trotz intensivmedizinischer Behandlung(smöglichkeit) muss der Staat deshalb bereits unabhängig von einer Überlastung des Gesundheitssystems tätig werden. Damit sind wir bei der – ebenfalls dem Gesundheits- und Lebensschutz dienenden – Infektionsverhütung durch die „kontaktbeschränkenden Maßnahmen“ angekommen.

## Abwägungserfordernis

Hier weist der Vergleich mit den Verkehrstoten (zu denen allerdings noch die jährlich zigtausend Verletzten hinzugerechnet werden müssen) auf einen wichtigen Punkt: In einer Welt der Knappheit gibt es nichts umsonst – und für einen grundrechtsgebundenen Staat deshalb nichts um jeden Preis. Menschliches, gesellschaftliches und staatliches Handeln beruht stets auf einer Abwägung gegenläufiger Interessen und Belange, die sich für den Staat nicht zuletzt als Grundrechtsgüter respektive Grundrechtspositionen präsentieren. Modus der Abwägung bedingt, dass Gewinne auf der einen Seite regelmäßig mit Verlusten auf der anderen Seite erkaufte werden müssen.

Auch das Schutzgut Leben ist hiervon nicht ausgenommen. Der motorisierte Straßenverkehr ist ein gutes Beispiel, ein anderes ist der ebenfalls vielbemühte Grippe-Vergleich: Selbst schwerste Influenza-Epidemien führen nicht dazu, dass über auch nur ansatzweise ähnlich eingriffsintensive Maßnahmen wie die gegenwärtigen auch nur nachgedacht wird, obwohl die Grippe [regelmäßig über zehn-, nicht selten sogar über zwanzigtausend Menschenleben fordert](#). Tatsächlich muss sich daher auch das Lebensgrundrecht einer Abwägung mit konkurrierenden Interessen und Grundrechtspositionen stellen, soweit es mit diesen in Konflikt gerät. Im Hinblick auf die hier in Rede stehenden Maßnahmen ergibt sich das allein schon daraus, dass diese breitflächig und massiv in Grundrechte der Bürger eingreifen.

## Abwägung

Das Entscheidende an dieser Abwägung ist nun – und ich möchte an dieser Stelle der Präzision des Arguments wegen explizit auf die Doppeldeutigkeit von „das Entscheidende“ hinweisen –, dass ihr Ergebnis nicht ohne Weiteres vorweggenommen werden kann. Dies schon deshalb, weil man grundrechtliche Abwägungsrelationen spätestens ab einer gewissen, hier schon lange überschrittenen Komplexitätsstufe aus entscheidungstheoretischen Gründen nicht exakt bestimmen kann. Das ist der Grund für die verfassungsrechtlichen Gestaltungsspielräume des demokratischen Gesetzgebers. Es ist im Übrigen zugleich der Grund dafür, dass die Legislative Entscheidungen an die Exekutive

delegieren darf und muss. Die schon grundsätzlich bestehende Unsicherheit ist vielfach mehr oder weniger statisch, wird aber in der gegenwärtigen Krise durch äußerst dynamische Elemente und eine besonders hohe Komplexität geprägt.

In der gleichwohl notwendigen grundrechtlichen Kontrolle staatlicher Maßnahmen kann es daher nie darum gehen, das einzig richtige Ergebnis zu finden (denn sonst wäre der Staat praktisch handlungsunfähig), sondern im Wesentlichen nur darum, evident falsche Ergebnisse auszuschneiden (wobei im Rahmen der Bestimmung dessen, wann es sich „evident“ um ein „evident falsches“ Ergebnis handelt, aus freiheitlichen Gründen jedenfalls in gewissem Maße eine „Ablehnungsprärogative“ der Grundrechte bzw. der zu ihrer Wahrung berufenen letzten Instanz in Karlsruhe anzuerkennen sein dürfte).

## **Abwägungsrelationen**

Ein großes konzeptionelles wie praktisches Problem der Abwägung ist insbesondere die Inkommensurabilität der betroffenen Grundrechtspositionen. Wieviel wiegt der Lebensschutz gegenüber wirtschaftlichen und sozialen Verwerfungen? Wieviel wiegen die Bildungs- und Lebenschancen eines (neben der Schulschließung möglicherweise auch noch von häuslicher Gewalt betroffenen) Achtjährigen aus prekären Verhältnissen gegenüber den Überlebenschancen eines 69-jährigen ketterauchenden Porschefahrers? Wieviel wiegt das Interesse einer 20-jährigen Studentin, einen Sommer lang im Park grillen, Fußball spielen und Freunde treffen zu können, gegenüber der nur noch für Wochen währenden Lebensperspektive einer sedierten 93-Jährigen?

Eine (hier nur skizzierte) Möglichkeit, diesem Problem bis zu einem gewissen Grad Herr zu werden, ist es, Kategorien gemeinsamer materieller Interessen und Rechtsgüter zu bilden, um Eingriffe, Schutz und Wirkungen miteinander zu vergleichen. Tatsächlich ermöglicht gerade das Lebensgrundrecht als basales Grundrecht insofern ein relativ hohes Maß an Vergleichbarkeit:

Leben (und Gesundheit) werden durch die kontaktbeschränkenden Maßnahmen nicht nur einseitig geschützt, sondern auch gefährdet. Dass in ihrer Folge häusliche Gewalt zunimmt, sich Suchtkrankheiten, Depressionen und sonstige psychische Krankheiten verschärfen oder erst verursacht werden und sich das in einer erhöhten Suizidgefahr niederschlägt, wird jedenfalls plausibel vermutet. Bereits der bloße Bewegungsmangel hat – insofern nachgewiesenermaßen – einen (stark) negativen gesundheitlichen Effekt, der sich mit der (sport- und bewegungslosen) Zeit zu einem signifikant erhöhten Sterberisiko auswachsen wird. Einen ähnlichen Effekt besitzt die Arbeitslosigkeit, die infolge der wirtschaftlichen Verwerfungen, die durch die Maßnahmen ausgelöst werden, massenhaft droht.

Auch im Hinblick auf die Lebensqualität, die materiell hinter einer Vielzahl der derzeit zu verbuchenden Freiheitsverluste einschließlich diverser Folgewirkungen steht, bildet das Leben eine in Ansätzen durchaus operable Vergleichsgrundlage. Der Verlust des Lebens ist nämlich auch der Totalverlust der Lebensqualität, was

in gewissen Maßen einen interpersonellen, zeitlich und [inhaltlich quantifizierten](#) Vergleich ermöglicht.

## Abwägungsergebnis

Grundrechtliche Abwägungen ließen sich unter anderem mithilfe eines solchen idealtypischen Modells, das noch viel weiter ausdifferenziert, mit Daten unterlegt und um komplexe Zurechnungserwägungen ergänzt werden müsste, bis zu einem gewissen Grad verfassungsnormativ belastbar operationalisieren. Wer demgegenüber weiter resigniert und in den Abgesang auf die Abwägung, ja auf die Grundrechte einstimmt, dem sei folgende Kontrollfrage gestellt: So in den kommenden Monaten durch belastbare Studien festgestellt werden würde, dass die Letalität (unbehandelt) von COVID-19 im Promillebereich liegt ([Indizien hierfür gibt es bereits](#)), gleichzeitig eine medikamentöse Behandlung möglich werden sollte, welche diese noch einmal deutlich reduziert und in eine mit der Grippe vergleichbare Größenordnungen bringt: Ließen sich die bisherigen Kontaktbeschränkungen angesichts der breitflächigen und gravierenden Grundrechtsbeeinträchtigungen und der zahlreichen drohenden Folgeschäden allen Ernstes verfassungsrechtlich zulässigerweise aufrechterhalten? Und wäre das klare Nein auf diese Frage *nicht* das Ergebnis einer genuinen grundrechtlichen Abwägung?

Das ist freilich Zukunftsmusik. Nach meiner Einschätzung ist auf Grundlage der aktuellen Datenlage nicht ersichtlich, dass es bislang bezogen auf die Verhältnismäßigkeit der einzelnen Maßnahmen etwa nach dem Modell Nordrhein-Westfalen zu gravierenden Grundrechtsverstößen gekommen wäre (etwas anderes dürfte [teils für andere Bundesländer](#), allen voran [Bayern](#) gelten). Diese Beurteilung kann sich freilich in der Zukunft ändern.

## Kontraktualistisches Argument

Wer hiergegen individualistisch (oder gerne auch egoistisch) das Freiheitsprinzip bemüht und es mangels grundrechtstheoretischen Wissens zum absoluten Freiheitsrecht überhöht, vergisst im Übrigen einen entscheidenden Aspekt: In der Welt des absoluten Freiheitsprinzips sind alle frei. Mithin auch die, die zum Schutze ihrer Angehörigen oder ihrer selbst notfalls gewaltsame Selbstschutzmaßnahmen ergreifen, um die Ausbreitung des Virus eigenmächtig einzudämmen. Wer dagegen nun einwendet, dass man das in einem Rechtsstaat ja nun mal nicht mache, da man damit offenkundig gegen Strafvorschriften verstößt, die oberste Grundwerte der Verfassung schützen, hat damit sein eigenes Argument diskreditiert. Denn auch die Vorschriften des Infektionsschutzrechts und die auf seiner Grundlage ergangenen Rechtsverordnungen und Allgemeinverfügungen dienen dem Schutz oberster Grundwerte der Verfassung. Im Übrigen sind auch viele Infektionsschutzmaßnahmen strafbewehrt und sind wie sonstige (Straf)normen nur dann verfassungsrechtlich zulässig, wenn Freiheitseingriff und Schutz in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen.

Der mit alledem angesprochene, gern übersehene kontraktualistische Gedanke bringt mit sich, dass der Staat (im Straf- wie im Infektionsschutzrecht) nicht nur aufseiten des Freiheitsinteresses, sondern auch aufseiten des geschützten Interesses nicht unter ein bestimmtes Schutzniveau hinabsinken darf. Stattdessen muss er die Schutzmaßnahmen und die hierzu zwangsläufig notwendigen Freiheitseinschränkungen miteinander austarieren. Man gebe – ausdrücklich nur in einem strafrechtlichen Gedankenexperiment! – einem Angehörigen einer Hochrisikogruppe eine Waffe und lasse einen mit SARS-CoV-2 Infizierten, der ihn absichtlich infizieren möchte, wild hustend auf ihn zukommen. Um es auf die Spitze zu treiben: Der Erkrankte will den 89-Jährigen nicht absichtlich infizieren, aber das Gesundheitssystem ist aufgrund staatlicher Untätigkeit bereits zusammengebrochen. Spielt man das einmal durch, wird man feststellen, dass mit dem Zusammenbruch des Gesundheitssystems auch die üblichen strafrechtlichen Denkroutinen zusammenbrechen. Die Gretchenfrage, die sich spätestens im Rahmen des entschuldigenden Notstands stellt, ist die fundamental kontraktualistische. Es gilt in der aktuellen Krise, (auch) sie zu vermeiden.

---

